

공범규정에 대한 형법개정의 일고찰

김 종 원*

국문요약

이 글은 <공범>규정에 대한 형법개정에 관하여 <필자의 생각>을 말하려고 한다.

<정범·공범의 체계>에 관하여는, 범죄의 주인공과 이에 가담한 사람(교사자와 방조자)과는 그 역할이 다르므로 양자를 구별하여 취급하는 것이 타당하다고 보며, 이러한 의미에서 <정범·공범의 2원체계>가 낫다고 생각한다.

<공동정범>은 「2인 이상이 공동하여 범죄를 실행한 때에는, 각자를 정범으로 처벌한다」라고 고치고, <공동실행>을 넓게 해석하는 경향에 비추어 <공모공동정범>의 규정은 두지 아니하고 또 <34조2항>은 폐지한다.

<교사범>은 「타인을 교사하여 범죄를 실행하게 한 자는, 범죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다」, <방조범(종범은 방조범으로 바꾼다)>은 「타인의 범죄의 실행을 방조한 자는, 범죄를 실행한 자의 형보다 감경하여 처벌한다」라고 규정하여, <공범의 종속형태>에 관하여는 자유롭게 해석하도록 하고 <책임개별화의 원칙>에 관한 규정은 두지 아니한다. 그리고 <소위 교사의 미수>에 관한 현행형법 31조2·3은 그대로 유지한다.

<간접정범>에 관하여는, 내용은 대체로 현행의 수준을 유지하면서 규정 그 자체는 정범규정다운 모습으로 바꾼다. 즉 「어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자의 행위를 이용하여 범죄를 실행한 자는 정범으로 처벌한다. 다만, 형을 감경할 수 있다」라고.

<공범과 신분>에 관하여는, 본문·단서의 관계를 제1항·제2항의 관계로 고쳐서 규정한다. 즉 「① 신분에 의하여 구성되는 범죄에 신분없는 자가 가담한 때에는 공범의 규정을 적용한다. 다만, 신분없는 자의 형을 감경할 수 있다. ② 신분에 의하여 형의 가중이 있는 경우에 신분없는 자는 통상의 형으로 처벌한다」라고.

* 대한민국학술원 회원, 법학박사.

I. 머리말

이 글은 <공범>규정에 대한 형법개정에 관하여 <필자의 생각>을 말하려고 하는 것이다. 다루는 내용은 ① 정범·공범의 체계, ② 정범개념, ③ 공동정범, ④ 공범, ⑤ 간접정범, ⑥ 공범과 신분의 문제이다. 논점 하나하나가 큰 논문 같이지만, 여기서는 <형법개정>이란 데에 초점을 맞추어서 이에 필요한 범위 안에서 이론적 배경, 외국의 입법례, 한국형법규정의 해석론, 개정론 등을 살펴보고자 한다.

II. 정범·공범의 체계

1. 이론적 배경

여러 사람이 범죄에 관여한 경우에 어떻게 규정할 것인가 라는 입법정책의 문제에 관하여, 정범의 1원체계와 정범·공범의 2원체계가 있다.

<정범의 1원체계>에 있어서는 구성요건의 실현에 원인적(인과적)으로(ursächlich, kausal) 기여한 모든 사람(직접실행자든 교사자나 방조자든)은 정범(자)이며 원칙적으로 동일한 취급을 받게 되는데,¹⁾ <정범·공범의 2원체계>에 있어서는 기본적 구성요건에 해당하는 행위를 하는 사람을 정범(자)이라고 하고 그 행위를 시키거나 도운 사람을 공범(자)이라고 하여 구별하면서 반드시 동일한 취급을 하지 아니한다.

생각건대, 범죄의 주인공과 이에 가담한 사람(교사자와 방조자)과는 그 역할이 다르므로, 구별하여 취급하는 것이 타당하다고 본다.²⁾

1) Egmont Foregger/Ernst Eugen Fabrizio, *Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 7. Aufl., 1999, §12 Rn. 2 참조.

2) <정범의 1원체계>에 관하여 독일문헌으로는 Kai Hamdorf, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht - Ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstätersystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland*, 2002, 447 S., 일본문헌으로는 高橋則夫, 共犯體系と共犯理論, 1988년이 참고가 될 것이다. 그리고 高橋교수는 <統一的 正犯體系>라는 표현을 쓰고 있다.

2. 입법례

<정범·공범의 2원체계>의 입법례는 뒤에서 소개되므로, 여기서는 <정범의 1원체계>의 입법례를 몇 개 소개하려고 한다.

(1) 오스트리아 형법(1974년 1월 23일, 1975년 1월 1일 시행, 2006년 7월 1일 현재)

12조(모든 관여자의 정범자로서의 취급)

직접의 범행자 뿐 아니라, 타인으로 하여금 범행을 결의하게 하거나 그 밖에 범행자의 실행을 도운, 모든 사람도 가벌적 행위(die strafbare Handlung)를 한 것이다.³⁾

(2) 이탈리아 형법(1930년 10월 19일, 1931년 7월 1일 시행, 1967년 10월 2일 현재)

110조(다수인의 가벌적 행위에의 관여)

다수인이 동일한 가벌적 행위에 관여한 경우에는, 이들 가운데 각자는 이 가벌적 행위에 정해진 형벌을 받는다. 다만, 다음의 조항의 규정⁴⁾에 해당할 때에는, 이에 따른다.

(3) 덴마크 형법(1930년 4월 15일, 1933년 1월 1일 시행, 2001년 7월 1일 현재)

23조 ① 어떤 범죄에 교사, 조연 또는 범행을 통하여 함께 기여한 자에게는 모두 그 범죄에 규정되어 있는 형벌법규가 적용된다. 그다지 중요하지 아니하는 기여를 함에 불과한 자 또는 이미 확실한 결의를 강화시킴에 불과한 자에게는 형벌이 감경될 수 있다. 또한 범죄가 미수가 되거나 기도된 기여가 실패한 경우에도 마찬가지이다.

3) 13조(관여자의 자립적 가벌성)는 「범죄에 다수인이 관여한 경우에, 이들 가운데 각자는 자기의 책임(Schuld)에 의하여 처벌되어야 한다」라고 규정한다.

4) 111조는 책임능력이 없는 자 또는 일신적 사정으로 처벌되지 아니하는 자로 하여금 가벌적 행위의 범행으로 결의케 한 경우에 형을 가중하도록 규정하고, 112조는 형벌가중의 사정을 규정하고, 114조는 형벌감경의 사정을 규정하고 또 116조와 117조는 예외적으로 형이 감경되는 경우를 규정한다.

Ⅲ. 정범개념

1. 이론적 배경

정범이 무엇이냐의 문제는 두 가지 시각에서 살펴 볼 수 있다고 생각한다. 하나는 <대외적 시각>에서 보는 것인데, 공범(교사범·방조범)과의 구별을 살펴보는 것이다. 또 하나는 <대내적 시각>에서 보는 것인데, 먼저 직접정범과 간접정범으로 구별하고 또 직접정범은 단독정범과 공동정범으로 구별하는 것을 살펴보는 것이다.

여기서 <대외적 시각>에서의 문제는 결국 정범과 공범과의 구별이지만, 두 가지로 나누어서 살필 수 있다. 즉 하나는 정범과 공범은 본질적으로 어떻게 다르냐의 문제와 공범의 종속성에 따라 정범과 공범의 범위가 달라지는 것이 아니냐의 문제가 있다. 그런데 후자의 문제는 V에서 다루어지게 될 것이다.

또 <대내적 시각>에서 결국은 단독정범·공동정범 및 간접정범이 문제가 되는데, 단독정범은 여기(Ⅲ)서, 공동정범은 IV에서 그리고 간접정범은 VI에서 다루어진다.

그래서 <정범개념>의 문제는 정범이 공범과 본질적으로 어떻게 다르냐를 다루게 되는데, 이 문제는 여러 사람이 범죄에 관여한 경우에 각자가 범죄실현에 기여한 <역할>이 어떻게 다르냐로 정할 수밖에 없다고 본다. 그렇다면 범죄를 실행한 자와 범죄의 실행을 시키거나 도운 자로 나눌 수 있다고 본다. 여기서 <범죄를 실행한 자>가 바로 정범자이다. 그리고 실질적으로 살핀다면, 정범자는 바로 <범죄의 주인공>⁵⁾이다.

5) 필자는 32년 전에 즉 1975년 3월에 출간된 「백남익박사환갑기념논문집」(131~165면)에 <공모공동정범의 공동정범성>이란 글을 기고한 바 있다. 이 글의 <주 11>(136면)에서 「Tatherrschaft라는 말을 「범죄지배」라고 번역해 두기로 한다. 먼저 Tat란 말은 종래에 <소위(所爲)>라고도 번역되었지만, 여기서는 사실적인 면 보다는 형법적인 면에 치중하여 <범죄>라고 번역해 보았다. ... Tat를 <범행>이라고 번역할까도 생각했지만, Begehung이라는 말이 따로 있고 또 결과가 포함되지 않는다는 난점이 있다. 참고로 1969년에 제정·공포된 서독의 신 형법총칙(1975년 1월 1일 시행) 제2장은 Die Tat(범죄)라고 이름붙이고 있다. 또한 우리말로서의 범죄란 뜻으로는 Verbrechen(형법전 상으로는 중죄를 뜻함)이란 표현 보다는 Straftat라는 표현이 많이 쓰인다. 다음으로

그리고 정범 내에서 간접정범 보다는 직접정범이, 그리고 직접정범 안에서는 공동정범 보다는 단독정범이 보다 <기본형>이다. 그리하여 <직접의 단독정범>이 정범 가운데서 가장 기본적인 유형이라 할 수 있다. 이 <직접의 단독정범>은 스스로 범죄를 실행하는 것이다.

2. 입법례

형법전에 <정범개념>으로 규정되는 것은 <직접의 단독정범>을 말한다고 보면 될 것이다.

(1) 독일 형법(1969년 7월 4일<총칙만>, 1975년 1월 1일 시행, 2007년 3월 1일 현재)

25조(정범) ① 범죄(Straftat)를 스스로(selbst) … 행하는 자는 정범자로서 처벌된다.

(2) 일본

i) 개정형법준비초안(1961년 12월)

25조(정범) ① 스스로 범죄를 실행한 자는, 정범이다.

ii) 개정형법초안(1974년 12월)

26조(정범) ① 스스로 범죄를 실행한 자는, 정범이다.

Herrschaft라는 말을 <지배>라고 번역해 두었지만, 필자로서는 차라리 여기서는 <주인공성(主人公性)>이라고 이해하고 싶다. 그리고 필자는 「공범의 종속성」뿐 아니라 여기서의 「공동정범관계」도 <범죄구성요건의 단계>에서 문제삼고자 하는 입장이므로, Tatherrschaft를 범죄지배라고 번역했지만 결국은 <범죄구성요건실현의 주인공성 - 공동정범의 경우는 공동주인공성>의 뜻으로 이해하고자 한다. 이러한 이해는 「간접정범」의 정범성을 논함에 있어서 Tatherrschaft를 이해함에 도움이 되리라고 본다. 그래서 Tatherrschaft를 단지 <행위지배>라고 번역하는 데에는 불만이다. …」라고 논술하였다. 당시에는 Tatherrschaft를 예외없이 <행위지배>라고 번역하고 있었는데(일본에서는 <행위지배>라는 번역어가 이제 정착된 것으로 보임), 단번에 <범죄주인공성>이라고 바꾸면 딴 것으로 오해받기 쉬우므로 반만 바꾸었다. 그러나 이제는 본래 생각한 대로 <범죄주인공성>이란 표현을 쓰기로 하겠다. 다만, <범죄주인공성>이란 용어가 Tatherrschaft에서 온 것은 사실이지만, 필자는 구 용어를 필자 나름대로 쓰고자 한다.

3. 개정론

한국형법은 정범에 관한 규정은 없지만 공동정범(30조)·간접정범(34조1항)의 규정을 두면서, 그 절(節)의 명칭은 <공범>으로 되어 있다. 물론 여러 사람이 범죄에 관여하는 경우가 공범이라고 한다면, 나름대로의 설명은 된다. 그러나 <직접의 단독정범>에 관한 규정을 함께 둔다면, 이제는 그 절의 명칭은 현행 독일형법이나 일본초안과 같이 <정범과 공범>으로 고쳐야 할 것이다. 그래서 문제는 <단독정범>의 규정을 둘 것이냐에 있다고 본다.

생각건대 교사범·방조범과는 달리 공동정범·간접정범은 <정범>으로 분류하는 것이 좋겠고, 그렇다면 이들의 가장 기본형인 <직접의 단독정범>도 함께 규정하는 것이 더욱 좋다고 보며, 이렇게 되면 그 절의 명칭도 <정범과 공범>으로 바꾸어야 할 것이다. 그리고 공범도 <죄를 범하는 것>이므로, 정범을 규정할 경우에 <범죄를 실행한다>는 표현을 쓰는 것이 낫겠다.

결국 <직접의 단독정범>은 「스스로 범죄를 실행한 자는 정범으로 처벌한다」라고 규정하는 것이 좋겠다. 물론 그 절의 명칭도 <정범과 공범>으로 바뀌게 된다. 참고로 92년 형법초안도 절명을 <정범과 공범>으로 바꾸고 <정범>규정도 이와 같이 두었다.

IV. 공동정범

1. 이론적 배경

(1) 범죄공동설과 행위공동설

공동정범에 관하여는 <무엇을 공동으로 하는 경우에 공동정범관계가 인정되는가>가 문제되는데, 이것을 보통 <공동정범의 본질>의 문제라고 한다. 이에 관하여는 범죄공동설과 행위공동설이 대립하고 있다. <전설>은 수인이 공동하여 특정한 범죄를 실행한 경우에만 공동정범관계를 인정하자는 입장이고 <후설>은 수인이 행위를 공동하여 각자의 범죄를 실행한 경우에 공동정범관계를 인정하자는 입장이다.

그런데 <범죄공동설>의 입장에서는, [예]로서 A와 B가 공동해서 B의 아버지 C를 죽인 경우에, A는 보통살인죄, B는 존속살해죄가 문제되므로 A·B 사이에 공동정범관계가 인정될 수 없게 되어서 C가 B의 탄환에 맞아 죽은 때에는 B는 존속살해죄의 기수가 되지만 A는 보통살인죄의 <미수>가 되는데, 만약 C가 B의 아버지가 아닌 경우에는 당연히 A는 살인죄의 <기수>가 되는 것과 비교해 보면, 범죄공동설은 공동정범관계의 인정범위가 너무 좁다고 생각된다. 그래서 범죄공동설의 입장에 서면서 구성요건이 서로 중합하는 범위 내에서는 공동정범관계를 인정하는 <부분적 범죄공동설>이 주장되기도 한다. 이 입장에서는 [예]의 경우에 A는 보통살인죄, B는 존속살해죄가 문제가 되지만, 「사람을 살해한다」는 범위 내에서는 서로 중합하므로 이 범위 내에서 공동정범관계가 인정되어, B의 탄환에 맞아 C가 죽은 때에는, B는 물론 존속살해죄의 기수이지만 A는 보통살인죄의 <기수>가 된다. 한편 <행위공동설>의 입장에서는 [예]의 경우에 A·B 사이에 공동정범관계가 인정되는데, B의 탄환에 맞아서 C가 죽은 때에는, B는 물론 존속살인죄의 기수이지만 A도 보통살인죄의 <기수>가 된다. 이와 같이 이 학설이 타당한 결론을 낸다고 본다.⁶⁾

6) 필자는 33년 전에, 즉 1974년의 「고시연구」 6월호(21~31면)에 <범죄공동설과 행위공동설에 관하여>라는 글을 발표하여 처음으로 <구성요건적행위공동설>을 주장하였다. 즉, 「그런데 행위공동설에 있어서의 <행위>를 흔히 전구성요건적·전범률적·자연적인 혹은 사실상의 행위라고도 표현하는데, 물론 이것은 <행위의 공동>이 바로 특정한 범죄구성요건에 해당하는 행위의 공동만을 가리키는 것이 아니라는 점을 나타내기 위한 것이겠지만, 필자는 오히려 특정한 구성요건에 해당하는 행위의 공동, 중합하는 구성요건에 해당하는 행위의 공동, 상이한 고의범의 구성요건에 해당하는 행위의 공동, 고의범의 구성요건과 과실범의 구성요건에 해당하는 행위의 공동, 과실범의 구성요건에 해당하는 행위의 공동, 상이한 고의범의 구성요건에 해당하는 행위의 공동, 상이한 과실범의 구성요건에 해당하는 행위의 공동, ⑤ 상이한 과실범의 구성요건에 해당하는 행위의 공동,」(661~662면)으로 정리되었다.

(2) 공동실행

범죄공동설과 행위공동설의 대립은 <공동정범관계>의 범위의 문제인데, 필자는 <후설>을 타당하다고 본다. 다음으로 공동정범이 되려면, 그 요건을 갖추어야 한다. 여기에는 <공동실행의 사실>이라는 객관적 요건과 <공동실행의 의사>라는 주관적 요건이 있다.

이 자리에서는 객관적 요건인 <공동실행의 사실>을 중심으로 살펴보고자 한다. 여기서도 좁게 보려는 입장에서는 <특정한 범죄의 실행>의 공동으로 이해할 것이고, 넓게 보려는 입장에서는 <공동의> 범죄실행으로 이해할 것이다. 필자는 공동정범은 단독범죄가 아니라 공동범죄라는 점에서 여기서도 넓게 <공동의> 실행으로 이해하는 쪽이 낫다고 보는데, 이 입장에서는 망보기도 공동실행에 넣는 <전체적 관찰설>로부터 2인 이상이 범죄를 공모하고나서 그 일부의 자가 그 실행에 나가면 공모자 전원을 공동의 실행을 한 것으로 보는 <공동의사주체설>까지 있다. 필자는 그 중간이라고 생각되는 funktionelle Tatherrschaftstheorie가 낫지 않을까 생각한다. 이 입장은 전체계획에 비추어 범죄의 실현에 분업적·역할분담적으로 불가결한 관련(기여자의 지위, 행위의 상황 등이 고려됨)으로 기여한 것이면, <공동의> 실행이라고 보는 것이다.⁷⁾ 보통은 이것을 기능적 행위(또는 범행)지배설이라고 부르지만, 전술한 바와 같이 필자는 <기능적(분업적·역할분담적)범죄주인공성설>이라고 부르고 싶다. 그래서 <공동의 범죄주인공성>이 인정될 때, <공동정범>이 인정되는 것이다.

2. 입법례

(1) 독일 형법

25조(정범) ② 다수인이 범죄를 공동으로(gemeinschaftlich) 행하는 경우에는, 각자는 정범자로서 처벌된다(공동정범자 Mittäter).

(2) 일본 형법(1907년 4월 24일, 1908년 10월 1일 시행; 2005년 5월 12일<평이화>, 동년 6월 1일 시행)

7) 김종원, 공모공동정범의 공동정범성, 135~136면.

60조(공동정범) 2인 이상 공동하여 범죄를 실행한 자는, 모두 정범으로 한다.⁸⁾

3. 해석론 및 개정론

(1) <공동정범>을 입법화함에 있어서는 범죄공동설의 입장에서도 행위공동설의 입장에서도 해석이 가능하도록 해야 할 것이다. 그래서 「2인 이상이 공동하여 범죄를 실행한 때에는, 각자를 정범으로 처벌한다」라고 규정하면 될 것이다.⁹⁾ 즉 범죄공동설의 입장에서는 「2인 이상이 공동하여 (특정한) 범죄를 실행한 때에는, 각자를 (특정한 범죄의) 정범으로 처벌한다」라고 해석하면 될 것이고, 한편 행위공동설의 입장에서는 「2인 이상이 (행위를) 공동하여 (각자의) 범죄를 실행한 때에는, 각자를 (각자의 범죄의) 정범으로 처벌한다」라고 해석하면 될 것이다.

(2) <공모공동정범>의 규정을 둘 것인가의 문제가 있다. 즉 2인 이상이 범죄의 공모(共謀)를 하고서 공모자의 일부만이 그 범죄의 실행을 한 경우에 나머지 공모자도 공동정범으로 보려는 규정을 둘 것인가이다. 참고로 일본의 개정형법준비초안(1961년) 26조(공동정범) 2항 및 개정형법초안(1974년) 27조(공동정범) 2항은 「2인 이상으로 범죄의 실행을 모의하고, 공모자의 어떤 자가 공동의 의사에 의거하여 그것을 실행한 때에는, 다른 공모자도 또한 정범으로 한다」라고 규정한다.

생각컨대 공모공동정범의 이론의 본질적인 결함은 공모자의 일부가 공모한 범죄의 실행을 하면 나머지의 공모자는 <실행을 안 해도> 공동정범으로 인정하는 점에 있다고 본다. 즉 그 설명에 문제가 있다고 보는 것이다. 공동정범에서 요구되는 <실행>은 <단독의 실행>에서 요구되는 실행으로 좁게 이해할 것이 아니라 <공동의 실행>으로 넓게 이해하여야 할 것이다. 따라서 전체의 범죄계획에 비추어 범죄의 실현에 분업적·역할분담적으로 불가결한 관련으로 기여하였으면 <공동의> 실행이 있다고 평가되는 것이다. 즉 <분업적·역할분담적인 범죄주인공성>이 인정되면 공동정범이 될 수 있는

8) 개정형법준비초안 26조1항과 개정형법초안 27조1항도 동일하게 규정하고 있다.

9) 92년 형법초안 31조도 마찬가지이다.

것이다. 따라서 따로 공모공동정범을 인정할 필요는 없다고 본다.¹⁰⁾

그리고 한국형법 34조2항은 「자기의 지휘·감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항¹¹⁾의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다」라고 규정하고 있다. 「이 규정에 관하여는 ① 간접정범(34조1항)에 대한 특별규정이라고 보는 견해, ② 교사범·종범에 대한 특별규정이라고 보는 견해 및 ③ 간접정범뿐 아니라 교사범·종범에 대한 특별규정이라고 보는 견해가 대립하는데, 간접정범의 경우에 한정할 필요도 없고 또한 그 경우를 배제할 이유도 없으므로 제3설이 타당하다고 본다.¹²⁾ 생각컨대 이 규정은 공모공동정범의 이론을 <실무적으로> 해결하려고 입법한 것으로 보인다. 필자는 43년 전인 1964년에 <법정(法政)> 11·12월호에 <공모공동정범과 형법 제34조제2항, (上) 21~24면, (下) 41~46면>이란 글을 발표했는데, 여기서 「필자는 제2항, 즉 자기의 지휘·감독을 받는 자를 교사 또는 방조하는 경우에 형을 가중한다는 규정을 소위 공모공동정범과 관련해서 재음미해 볼 만 하지 않을까 생각한다. …소위 공모공동정범을 인정하지 않는 입장에서 공동실행의 사실이 없는 공모자는 단지 교사 또는 방조의 책임을 지워야 한다고 주장하면서도 한편으로는 집단범죄의 특성에 비추어 배후의 거물(巨物) 내지 흑막(黑幕)이 적어도 실행정범과 마찬가지로 혹은 오히려 보다 중하게 처벌되어야 한다는 필요성을 무시할 수는 없다는 점을 인정하고 있는 것이다. 그렇다면 이 점은 제

10) 필자는 32년 전(1975년)에 발표한 <공모공동정범의 공동정범성>이란 글에서 다음과 같은 <결론>을 냈다. 즉「우리가 공모공동정범의 <공동정범성>을 논증함에 있어서는, 어디까지나 그 요건인 공동실행의 의사(합의)와 공동실행의 사실을 중심으로 해서 논해야 할 것이다. 그리고 여기서는 <공동실행의 사실>이란 요건이 중요하다. 또한 형식적 객관설의 의미에 있어서의 <실행>의 공동이 아니라 <공동>의 실행이 문제된다는 점을 유의해야 할 것이다. 그리하여 <공동실행>이 인정되려면, 전체의 범죄계획에 비추어 역할분담적으로 불가결한 관련 하에서 <실행>에 객관적인 기여를 하여야 한다. 다만 <실행행위>에 이렇게 기여하는 경우뿐 아니라, <실행>에 이렇게 기여가 되면 족하는 것으로 본다. 이상과 같은 의미에 있어서의 <기능적 범죄지배설>의 입장에서 공모공동정범의 공동정범성의 문제를 다루는 것이 타당하다고 본다」(162~163면).

11) 34조1항(간접정범)「어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다」.

12) 김종원, 공모공동정범의 공동정범성, 163면.

34조 제2항에 의해서, 교사의 경우에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조의 경우에는 정범의 형으로 처벌함으로써 타당하게 해결되는 것이 아닌가 생각한다」(下 46면)라고 논술하면서, <맺는말>에서 「필자는 우리 형법에서 제34조 제2항이 신설됨으로써 소위 공모공동정범의 문제는 <소극적이지만 타당하게> 해결되었다고 보고 싶다」(下 46면)라고 결론지었다. 그리고 약 10년 후에 발표된 <공모공동정범의 공동정범성>에서 「필자가 이러한 결론을 내린 것은, 동조항이 <적극적으로> 공모공동정범의 문제를 해결하는 규정은 아니지만(이러한 의미에서 소극적으로 표현을 썼음), 동조항을 간접정범의 특수한 경우뿐만 아니라 교사범·중범의 특수한 경우라고 해석함으로써 비록 공모공동정범을 인정하지 아니하는 입장에서도 (따라서 배후의 거물은 교사범 내지 중범 밖에 되지 않는다고 보더라도) <배후의 거물을 하수인(下手人)과 동등하게 또는 무겁게 처벌해야 한다는 요청>에 대하여는 동조항에 의해서 방조의 경우에는 정범의 형으로 또 교사의 경우에는 정범의 형에 2분의 1까지 가중하여 처벌함으로써 <타당하게> 해결되는 것으로 보았기 때문이다. 그리고 동논문에서는 공모만 하고 공동실행의 사실이 없는 공모자에 대하여 공동정범을 인정하는 그러한 의미에 있어서의 공모공동정범은 부인하였지만, <공동실행>을 어떻게 이해할 것인가에 관하여는 필자의 견해를 보류(保留)하였다」(164면 <주90>)라고 논술하면서, 이 글에서 <공동실행>에 관하여 <넓게> 이해하는 입장(funktionelle Tatherrschaftstheorie)을 취했기 때문에 「공동정범이 인정되는 범위 내에서 <제34조2항의 교사>에도 해당하는 자는, 결국 제34조2항에 의하여 <정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중>하여 처벌받도록 해야 할 것이다. 그리고 이렇게 해석함으로써 공모공동정범에 있어서의 배후거물을 하수인보다 더욱 무겁게 처벌해야 한다는 요청에도 적합하게 된다」(163~164면)라고 주장하였다. 한편 <공동실행>을 넓게 이해하는 입장에서는, 공동정범이 인정되는 범위 내에서 <제34조2항의 방조>에도 해당하는 자에게는 「정범의 형으로 처벌한다」는 동조항은 실익이 없지만, <공동실행>에 해당하지 아니하나 <동조항의 방조>에 해당하는 자에게는 동조항이 의미가 있다고 본다. 이것이 <공동실행>을 넓게 이해하는 입장의 현행법에 대한 <해석론>이다. 한편 <개정론>으로서는, 34조2항은 폐지하는 것이 좋다고 본다. 왜냐하면 <공

동실행>을 넓게 이해함으로써 공동의 범죄주인공으로 평가되는 지휘·감독자로서의 방조자는 <정범으로 처벌>되는 것이고 또 그러한 교사자는 <양형>의 단계에서 고려하면 된다고 본다.

V. 공 범

1. 이론적 배경

(1) 확장적 정범개념과 축한적 정범개념

확장적 정범개념과 축한적 정범개념의 대립은 정범을 넓게 이해할 것인가 좁게 이해할 것인가와 이에 따라서 <공범규정>을 어떻게 이해할 것인가에 관한 것이다. 먼저 <확장적 정범개념>은 범죄의 실현에 조건을 제공한 자는 모두 정범이라고 본다. 다만, 교사자·방조자는 공범규정에 의하여 정범으로서가 아니라 공범으로서 처벌되는데, 이러한 의미에서 공범규정은 형벌축소사유가 된다. 다음으로 <축한적 정범개념>은 <자기의 손에 의하여> 범죄를 실행하는 자만이 정범이라고 본다. 그리고 교사자·방조자는 공범규정에 의하여 처벌하도록 규정되어 있기 때문에 비로소 처벌되는 것이며, 이러한 의미에서 공범규정은 형벌확장사유가 된다. 그리고 양설은 <간접정범>의 문제에 영향을 미친다. 생각컨대 범죄의 주인공인 정범은 범죄를 시키거나 도우는 자가 아니라 <스스로> 범죄를 실행하는 자라야 할 것이므로, 후설이 타당하다고 본다.

(2) 공범의 독립성·종속성

i) 공범독립성설과 공범종속성설

<공범독립성설>은 정범이 실행행위에 나가느냐의 여부에 관계없이, 즉 이것과 독립해서 공범을 논하는 입장이고, <공범종속성설>은 정범이 적어도 실행행위에 나아가야 비로소 공범을 논하는 입장이다.

종속성설의 입장에서는 독립성설에 대하여 교사행위·방조행위를 기본적인 구성요건에 관한 실행행위와 동일시한다고 비판하는데, 예를 들어서 A가 B를 시켜서 C를 죽이게 한 경우에 있어서 독립성설이 주장하는 바는 A의 살인교사행위를 교사범으로서의 수정된 구성요건에 관한 <실행행위>로 보자는 것뿐이지 A의 살인교사행위를 B의 살인행위와 동일시하는 것이 아니라는 점은 B의 살인행위가 없는 경우에 A를 <살인죄>의 미수범으로 보는 것이 아니라 <살인교사죄>의 미수범으로 보는 것으로도 알 수 있다. 한편 독립성설의 입장에서는 종속성설에 대하여 이 설이 차용범죄설을 바탕으로 함으로써 개인책임의 원칙에 위배된다고 비판하는데, 물론 그러한 견해도 없지 아니하나 공범의 처벌근거로서 책임가담설·불법가담설·야기조장설 등을 내세워 개인책임의 원칙에 어긋나지 않게 설명할 수 있다고 본다. 생각컨대 필자는 물론 개인책임의 원칙에 비추어 교사자·방조자의 형사책임을 문제 삼아야 한다는 기본입장에 서면서 교사범·방조범의 본질이 공범현상으로서 적어도 타인의 범죄실행에의 가담이라는 데에 있다는 점에서 주된 범행자, 즉 범죄주인공인 피교사자·피방조자의 실행행위에 종속해서 공범을 논하는 입장, 즉 <공범종속성설>이 낫다고 본다.

ii) 종속성의 정도

종속성의 정도의 문제는 보통 네 가지 단계로 나누어서 논한다. 즉 ① <정범의 실행행위>에 종속해서 공범을 논하는 입장(최소종속형태), ② <정범의 위법한 실행행위(불법)>에 종속해서 공범을 논하는 입장(제한종속형태), ③ <정범의 위법·유책한 실행행위>에 종속해서 공범을 논하는 입장(극단종속형태), ④ <정범의 처벌>에 종속해서 공범을 논하는 입장(과장종속형태)으로 나누어진다.¹³⁾

13) 이러한 네 가지의 종속형태는 M.E.Mayer가 생각해 낸 것이다. 즉 그에 의하면, ① 최소종속형태(minimal akzessorische Form)란 공범의 처벌(Bestrafung der Teilnahme)이 정범자의 법정구성요건(gesetzlicher Tatbestand)의 실현에 의존한다는 입장이고, ② 제한종속형태(limitiert-akzessorische Form)란 공범의 처벌이 정범자의 법정구성요건의 위법한 충족에 의존한다는 입장, ③ 극단종속형태(extrem-akzessorische Form)란 공범의 처벌이 정범자의 법정구성요건의 위법·유책한 충족, 즉 주범(Haupttat)의 완전한 범죄성(volle Verbrechencharakter)에 의존한다는 입장, ④ 과장종속형태(hyperakzessorische Form)란 공범의 처벌이 정범자의 일신적 특성(persönliche Eigenschaften)에 의존한다는 입장(따라서 정범자에게 있는 형벌가중적 및 형벌감경적 사정이 공범자의 처벌

<공범의 종속형태>에 관하여 우리나라에서는 종래부터 극단종속형태의 입장과 제한종속형태의 입장이 대립해 왔다. <전자>는 공범이 타인의 <범죄>에로의 가담범이라는 점을 강조하여 그 범죄는 당연히 유책까지 해야 한다고 주장해야 할 것이며, <후자>는 <책임개별화의 원칙>을 내세워서 피교사자·피방조자의 행위가 유책까지임을 요하지 아니한다는 것을 강조해야 할 것이다. 만약에 극단종속형태와 제한종속형태와의 택일관계라면, 필자는 <책임개별화의 원칙>에 따라서 제한종속형태의 입장을 택하겠다. 그리고 이렇게 되면, 공범의 처벌근거는 책임가담설에 의해서가 아니라 불법가담설에 의해서 설명해야 할 것이다. 그런데 필자는 교사범·방조범에 있어서 각자 나름의 <범죄성립요건>으로서 구성요건해당성·위법성·책임의 세 요건이 필요하다고 본다. 그렇다면 교사죄·방조죄의 <구성요건해당성>의 평가단계에서 피교사자·피방조자 측, 즉 정범 측의 <구성요건실현>과의 연계(종속)가 문제되어야 할 것이다. 이러한 의미에서 <정범의 실행행위>에 종속해서 공범을 논하는 입장(최소종속형태)이 타당하다고 보며, 그 처벌근거는 <구성요건실현가담설>에 두어야 할 것이다.¹⁴⁾

2. 입법례

(1) 독일 형법

26조(교사) 타인으로 하여금 그 자가 고의로 행한 위법한 범행(Tat)¹⁵⁾

을 가중·감경케 한다)으로 나눈다(Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, zweite unveränderte Auflage*, 1923, S. 391).

- 14) 이러한 생각은 필자가 발표한 <교사범>(상, 고시계, 1975년1월호, 37~40면; 중, 1975년4월호, 101~103면; 하, 1975년6월호, 99~106면), <종범>(상, 고시계, 1977년6월호, 30~33면; 하, 1977년8월호, 66~72면), <공범의 종속성에 관련하여 -새로운「공범구조론」의 구상>, 사회과학논집(연세대학교 사회과학연구소), 제8집, 정영석교수회갑기념 특집호, 1977, 131~148면, <공범의 구조>, 680~684면 등에서 나타나 있다. 여기서 <새로운 공범구조론의 구상>은 첫째로「공동정범·교사범 및 종범(방조범)은 구성요건의 단계에서 구별된다」, 둘째로「공동정범·교사범 및 종범(방조범)은 각자 그의 범죄성립요건으로서 구성요건해당성·위법성 및 책임의 세 요건이 필요하다」는 것이다. 그리고 <교사범>·<종범>의 글에서는 각각 ① 구성요건, ② 위법성, ③ 책임의 3단계로 나누어서 설명을 해 보았다.
- 15) 1871년5월15일의 독일제국형법(Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich) - 1872년1월1일 시행 - 48조1항에는「가벌적 행위(strafbare Handlung)」라는 문언이었으나 1943년5월 29일의 명령(Verordnung)에 의하여 「형이 규정된 행위(mit Strafe bedrohte

을 하도록 고의로 시킨 자는, 교사자로서 정범자와 동일하게 처벌된다.

27조(방조) ① 타인이 고의로 행한 위법한 범행¹⁶⁾에 고의로 도움을 준 자는, 방조자로서 처벌된다.

② 방조자에 대한 형은 정범자의 법정형(Strafdrohung)에 따른다. 그 형은 49조1항에 의하여 감경된다.

29조(관여자의 독립적 처벌) 각 관여자는 타인의 책임(Schuld)을 고려하지 않고 자기의 책임에 따라 처벌된다.¹⁷⁾

(2) 스위스 형법¹⁸⁾(2002년 12월 13일<총칙만 전면개정>, 2003년 4월 3일 국민투표, 2007년 1월 1일 시행)

24조(교사) ① 타인으로 하여금 그 자가 행한 중죄(Verbrechen) 또는 경죄(Vergehen)를 행하도록 고의로 시킨 자는, 정범자에게 적용되는 법정형(Strafandrohung)에 의하여 처벌된다.

25조(방조) 중죄 또는 경죄에 고의로 도움을 준 자는, 형이 감경된다.¹⁹⁾

(3) 일본 형법

61조(교사) ① 사람을 교사하여 범죄를 실행시킨 자에게는, 정점의 형을 과한다.

62조(방조) ① 정범을 방조한 자는, 중범으로 한다.

Handlung)」로 개정되었는데, 「그 개정은 극단중속성으로부터 제한중속성으로의 이행(移行, Übergang)을 초래하였다」(Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 7. Aufl., 1954, S. 189). 그리고 1969년의 총칙의 전면개정에 의하여 「고의로 행한 위법한 범행」으로 규정되면서 제한중속성으로 굳혀졌다(「형이 규정된 행위」의 단계에서는 최소중속성으로도 충분히 해석 가능하였다고 보는데).

16) 1871년의 독일제국형법 49조 1항에는 「중죄 또는 경죄의 행위 시에」라는 문언이었으나 1943년의 명령에 의하여 「중죄 또는 경죄로서 형이 규정된 행위 시에」라고 개정되었는데, 48조 1항의 상환과 마찬가지로이다. 그리고 1969년의 총칙의 전면개정에 의하여 제한중속성으로 굳혀졌다.

17) 1943년 5월29일의 명령에 의하여 50조 (자기 책임을 짐 *Einstehen für eigene Schuld*)가 신설되었는데, 그 1항은 「수인이 범죄에 관여한 경우에는, 각자는 타인의 책임(Schuld)을 고려하지 않고 자기의 책임에 따라 처벌된다」라고 규정한다.

18) 스위스 형법의 신 형법총칙에 공범에 관한 규정은 있지만, <정범>에 관한 규정은 없다. 이것은 구 형법총칙에서도 마찬가지이다.

19) 방조범의 형은, 구 총칙에서는 임의적 감경이었는데(25조), 신 총칙에서는 필요적 감경이 되었다.

63조(중범감경) 중범의 형은, 정범의 형을 감경한다.

3. 해석론 및 개정론

(1) 한국형법 31조1항은 <교사범>에 관하여 「타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다」라고 규정한다. 여기서 <공범독립성설>은 피교사자가 실행에 나아갔느냐에 관계없이, 즉 그것과 독립해서 교사행위가 있으면 바로 교사범을 논하는 입장이고, 이에 반하여, <공범종속성설>은 피교사자가 적어도 실행행위에 나아가야 비로소 교사범을 논하는 입장이다. 그런데 교사범의 조문은 피교사자로 하여금 「죄를 범하게 한」경우에 「죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다」라고 규정하고 있다. 그래서 <공범종속성설>의 입장에서는 교사범의 규정을 자기의 입장에서 해석해야 한다고 주장한다. 그러나 필자는 교사범을 규정한 31조1항은 교사범의 <기수형태>를 규정한 것으로 본다. 그렇다면 <공범독립성설>의 입장에서도 타당하게 해석할 수 있는 것이다.

그런데 양학설의 <적용상의 차이>가 나는 부분은 <소위 교사의 미수>이다.²⁰⁾ 이 부분에 관하여 현행형법은 31조 2·3항을 신설하였다. 즉 <효과없는 교사>의 경우에 대하여는 동조2항에서 「교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다」라고 규정하고, <실패된 교사>의 경우에 대하여는 동조3항에서 「교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 때에도 교사자에 대하여는 전항과 같다」라고 규정하고 있다. 이 조항에 대하여, <공범독립성설>의 입장에서는 피교사자가 실행

20) 교사행위가 있는 경우에, ① 피교사자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행에 착수하여 기수가 된 때, ② 피교사자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행에 착수하여 미수가 된 때, ③ 피교사자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때(예비·음모의 단계에 이르러 때를 포함한다), ④ 피교사자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 때의 네 가지로 나누어서 생각해 볼 수 있다. 여기서 공범독립성설의 입장에서는 공범종속성설의 입장에 서나 ①을 <교사범의 기수범>, ②를 <교사범의 미수범> 이라고 하여 <적용상의 차이>가 없다. 그러나 공범독립성설의 입장에서는 ②뿐만 아니라 ③·④도 <교사범의 미수범>이라고 보지만, 공범종속성설의 입장에서는 ③(효과없는 교사)·④(실패된 교사)를 <소위 교사의 미수>라고 하여 피교사자의 실행의 착수가 없기 때문에 <교사범>을 인정하지 아니한다. 이와 같이 양 학설의 적용상의 차이는 ③·④에서 나타난다.

의 착수를 안해도, 즉 이와 독립해서 교사자를 처벌하도록 규정하고 있으니, 비록 미수범으로서가 아니라 음모·예비에 준해서 이지만, 독립성설의 입장을 도입했다고 주장하지만, 필자의 생각으로는 동조항이 소위 교사의 미수의 경우에, 즉 피교사자의 실행의 착수가 없는 경우에, 교사자를 처벌의 대상으로 삼는 것은 틀림없지만, 단지 음모·예비에 준하여 처벌하도록 할 뿐이고 교사<범>의 미수<범>으로서 처벌하도록 규정하고 있지 아니하므로, 그 경우를 <교사범의 미수범>으로 파악하는 공범독립성설의 입장에서는 타당하게 해석할 수 없다고 본다. 한편 <공범종속성설>의 입장에서는 소위 교사의 미수의 경우에 처벌하지 말자는 주장이 아니라 교사범으로서 논할 수 없다는 주장에 불과하고 또 꼭 처벌할 필요가 있을 때에는 따로 처벌규정을 두어야 한다고 주장하는데, 필자의 생각으로는 동조항이 교사범으로서 처벌하는 것이 아니라 특별규정으로서 그 경우를 음모·예비에 준하여 처벌하는 것이므로, 결국 공범종속성설에 의해서 동조항을 타당하게 해석할 수 있다고 본다.

그러나 <입법론>의 면에서 보면, 소위 교사의 미수의 경우에, <독립성설>의 입장에서는 <미수범으로서 처벌하자>는 입장이고 <종속성설>의 입장에서는 <특별규정이 없으면 처벌할 수 없다>는 입장인데, 입법자는 양 입장을 절충하여 <음모·예비에 준하여 처벌한다>는 특별규정을 두어 입법적으로 해결한 것으로 본다. <입법은 타협이다>라는 말을 실무적으로 실천한 것으로 생각한다. 이런 의미에서 동조항은 그대로 살리는 것이 좋겠다.

그리고 <소위 방조의 미수>의 경우, 즉 방조행위는 있었지만 피방조자가 실행의 착수에 이르지 아니한 경우에는, 특별한 처벌규정이 없으므로 처벌되지 아니하는 것으로 본다.

(2) 다음으로 <공범의 종속형태>와 관련하여 살펴보겠다.

독일의 현행형법은 <책임개별화의 원칙>(29조)을 내세우면서 교사·방조에 관하여 <타인의 위법한 범행(Tat)>에로의 관여(26·27조)를 규정하고 있다. 그러나 한국형법은 「타인을 교사하여 <죄를 범하게 한> 자는 …」(31조1항), 「타인의 <범죄를 방조한> 자는 …」(32조1항)라는 식으로 <죄 또는 범죄>라는 문언으로 규정하고 있다. 여기서 <범죄>란 형법이론 상으로 「범죄구성요건에 해당하고 위법·유책한 행위」라고 정의하고

있으므로, <극단중속형태>의 입장을 입법화한 것으로 보인다. 그렇지만 <광의의 범죄>는 「범죄구성요건에 해당하고 위법한 행위」라고 정의할 수 있으므로, <제한중속형태>의 입장에서 해석할 수도 있다. 그뿐 아니라 <최광의의 범죄>는 「범죄구성요건에 해당하는 행위」라고 정의할 수 있으므로, <최소중속형태>의 입장에서 해석할 수도 있다. 이와 같이 독일형법과는 달리 우리형법은 <열린 입법방식>을 취하고 있다고 보는데, 원칙적으로 입법은 여러 입장에서 해석이 가능한 <열린 입법방식>이 낫다고 본다. 그리고 정범행위와 공범행위를 구별하는 면에서는 전자를 <범죄를 실행한다>, 후자를 <범죄를 교사·방조한다>라고 하는 것이 좋겠다.

끝으로 <책임개별화의 원칙>을 입법화할 것인가의 문제가 있는데, <열린 입법방식>의 면에서는 입법화하지 않는 것이 좋다고 본다. 물론 <이론>의 면에서 제한중속형태나 최소중속형태를 취하는 입장에서 <책임개별화의 원칙>을 내세워 극단중속형태의 입장을 비판하는 것은 상관없다고 본다.

VI. 간접정범

1. 이론적 배경

(1) 확장적 정범개념·축한적 정범개념과 간접정범

전술한 바와 같이, <확장적 정범개념>의 입장에서는 범죄의 실현에 조건을 제공한 자는 모두 정범이라고 보면서, 교사자·방조자도 원래 정범인데 공범규정에 의하여 비로소 공범으로 처벌될 뿐이라고 한다. 따라서 이 입장에 의하면, 범죄의 실현에 조건을 제공한 자 가운데서 공범규정에 의하여 공범이 되는 자 이외의 자는 당연히 정범이고, 간접정범의 문제는 일어나지 아니한다. 이에 반하여 <축한적 정범개념>의 입장에서는, 자기의 손에 의하여 범죄를 실현하는 자만이 정범이 되는 것이고 또 공범규정에 해당하는 교사자·방조자만이 공범이 되는 것이다. 거꾸로 말하면, 이 입장에서는 <타인의 행위를 도구로 이용하여> 처벌할 만한 행위를 한 경우에, 행위자

는 자기의 손으로 범행을 한 것이 아니므로 <정범>이 될 수 없고 또 종속 형태 여하에 따라서는 공범규정에 해당하지 아니하여 <공범>이 될 수도 없게 된다(물론 확장적 정범개념을 취하는 입장에서는 당연히 정범이다). 그래서 축한적 정범개념의 입장에서는, 이러한 경우의 <처벌의 흠결>을 매우기 위하여 <간접정범>의 개념이 필요하게 된다고 설명한다.

(2) 공범종속형태와 간접정범

축한적 정범개념을 취하는 경우에, 공범종속형태의 어느 것을 취하느냐에 따라 <간접정범>이 인정될 범위가 달라진다고 본다. ① <최소종속형태>를 취하는 입장에서는, 타인의 <범죄구성요건에 해당하는 고의행위>를 이용하는 때에는 교사범·방조범이 될 수 있으므로, 공범이 인정될 범위가 가장 넓다. 그러나 소위 <목적없는 고의있는 도구>나 <신분없는 고의있는 도구>를 이용하는 때에는, 피이용자의 행위에 범죄구성요건해당성이 인정되지 아니하여 이용자는 교사범이나 방조범이 될 수 없고 간접정범이 인정되는데, 간접정범으로서는 가장 좁은 범위로 인정된다. ② <제한종속형태>를 취하는 입장에서는, 타인의 <범죄구성요건에 해당하고 또한 위법한 고의행위>를 이용하는 때에 교사범·방조범이 될 수 있으므로, 공범이 인정될 범위가 그만큼 좁아진다. 그러나 <범죄구성요건에 해당하지 아니하거나 위법성이 조각되는 고의행위>를 이용하는 자는 교사범이나 방조범이 될 수 없고 간접정범이 인정되는데, 간접정범으로서는 그만큼 넓은 범위로 인정된다. ③ <극단종속형태>를 취하는 입장에서는, 타인의 <범죄구성요건에 해당하고 위법하고 또한 유책한 고의행위>를 이용하는 때에 교사범·방조범이 될 수 있으므로, 공범이 인정될 범위가 그만큼 더 좁아진다. 그러나 <범죄구성요건에 해당하지 아니하거나 위법성이 조각되거나 또는 책임이 조각되는 고의행위>를 이용하는 자는 교사범이나 방조범이 될 수 없고 간접정범이 인정되는데, 간접정범으로서는 그만큼 더 넓은 범위로 인정된다. ④ <과장종속형태>를 취하는 입장에서는, 타인의 <범죄구성요건에 해당하고 위법하고 유책하고 또한 처벌되는 고의행위>를 이용하는 때에 교사범·방조범으로 처벌될 수 있으므로, 공범으로 처벌될 범위가 그만큼 더더욱 좁아진다. 그러나 <범죄구성요건에 해당하지 아니하거나 위법성이 조각되거나 책임이 조각되거나 또는 일신적

형벌조각사유로 형벌이 조각되는 고의행위>를 이용하는 자는 교사범이나 방조범으로 처벌될 수 없고 간접정범이 인정되는데, 간접정범으로서는 그만큼 더더욱 넓은 범위로 인정된다. 공범이 인정되는 범위와 간접정범이 인정되는 범위를 <각도(角度)>로 표현한다면, 공범의 각과 간접정범의 각의 합(合)이 2직각(直角, 즉 180도)을 이루는 <보각(補角)의 관계>라고 말할 수 있다. 즉 최소·제한·극단·과장의 종속형태로 될수록 <공범이 인정되는 각>은 144도에서 108도, 72도, 36도로 좁아지는데 <간접정범이 인정되는 각>은 36도에서 72도, 108도, 144도로 그만큼 넓어진다. 그리고 이러한 이해를 <고의있는 타인의 행위를 이용하는 공범종속성의 존적 간접정범개념>이라고 말할 수 있을 것이다. 물론 간접정범개념에는 또 하나의 <고의없는 타인의 행위를 이용하는 간접정범개념>이 있다.²¹⁾

2. 입법례

(1) 독일 형법

25조(정범) ① 범죄(Straftat)를 ... 또는 타인을 통하여(durch) 행하는 자는 정범자로서 처벌된다.

(2) 일본

i) 개정형법준비초안

25조(정범) ② 정범이 아닌 타인을 이용하여 범죄를 실행한 자도, 정범으로 한다.

ii) 개정형법초안

26조(정범) ② 정범이 아닌 타인을 이용하여 범죄를 실행한 자도, 정범으로 한다.

21) 김종원, 「형법제정 50주년과 한국형법학의 과제」, 한국형사법학회, 형사법연구, 제20호(2003년 겨울), 8면에서는 <공범종속성관련적·과실유무자이용적 간접정범론>이라는 표현을 썼다. 그리고 「이 논문은 2002년도 한국형사법학회 동계학술회의(2002. 12. 11)에서 발표한 내용을 기초로 작성한 것임」(1면)으로 되어 있는데(頭註), <2003년도 한국형사법학회 추계학술회의(2003. 9. 26)>의 오기(誤記)이다(동 제20호, 390면 참조). 그리고 <간접정범>이란 한마디로 말하면 <피이용자 측>에 범죄주인공성이 인정되지 아니하는 경우에 있어서 <이용자 측>에 간접의 범죄주인공성을 인정하는 경우라고 볼 수 있겠다.

3. 해석론 및 개정론

(1) 한국형법 34조(간접정범, ...)는 「① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다」라고 규정하고 있다.²²⁾ 먼저 <해석론>을 살펴보겠다.

확장적 정범개념을 취하는 입장에서는 범죄의 실현에 조건을 제공한 자로서 공범규정에 의하여 공범으로 처벌되지 아니하면 당연히 정범으로 처벌되는데, 따로 <간접정범>이란 표제를 붙여서 규정한 것으로 보아 축한적 정범개념을 전제로 삼는 것으로 보인다. 그리고 이러한 생각을 더욱 뒷받침해 주는 것은 조문의 규정순서이다. 즉 맨 먼저 <정범>(제30조)을, 다음에 <교사범과 중범>(31조와 32조)을 그리고 맨 끝에 <간접정범>(34조1항)을 규정하고 있다.

현행조항은 <피교사·방조자>(피이용자)를 「어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자」와 「과실범으로 처벌되는 자」의 둘로 나누고 있다. 필자는 <간접정범>을 <고의있는 타인의 행위를 이용하는 공범종속성의존적 간접정범개념>과 <고의없는 타인의 행위를 이용하는 간접정범개념>의 둘로 나누어서 논하는 입장이다. 먼저 <고의있는 타인의 행위를 이용하는 공범종속성 의존적 간접정범>의 경우를 살펴보면, ① 최소종속형태의 입장에서는 <목적없는 고의있는 도구>나 <신분없는 고의있는 도구>의 경우와 같이 피이용자 측의 행위에 범죄구성요건해당성이 없는 때에, ② 제한종속형태의 입장에서는 피이용자 측의 행위에 범죄구성요건해당성이나 위법성이 없는 때에, ③ 극단종속형태의 입장에서는 피이용자 측의 행위에 범죄구성요건해당성이나 위법성이나 유책성(有責性)이 없는 때에, ④ 과장종속형태의 입장에서는 피이용자 측의 행위에 범죄구성요건해당성이나 위법성이나 유책성이나 가벌성(可罰性)이 없는 때에, 「어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는」 경우에 해당한다고 보게 된다. 이와 같이 최

22) 참고로 1940년 3월에 발표된 일본개정형법가안 29조는 「전 4조의 규정은 자기의 행위에 대하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌됨에 그치는 자를 행위에 가공시킨 경우에 역시 이를 적용한다」라고 규정하는데, 여기서 「전 4조의 규정」이란 25조의 공동정범, 26조의 교사범, 27조의 중범, 28조의 공범과 신분에 관한 규정을 말한다.

소중속형태의 단계로부터 과장중속형태의 단계로 넘어 갈수록 간접정범이 인정될 범위는 넓어진다. 다음으로 <고의없는 타인의 행위를 이용하는 간접정범>의 경우는 세 가지로 나눌 수 있다. 즉 ① 과실이 인정되고 그에 대한 과실범처벌규정이 있는 때, ② 과실이 인정되지만 그에 대한 과실범처벌규정이 없는 때 그리고 ③ 과실이 인정되지 아니하는 때이다. 여기서 ②와 ③은 「어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는」 경우에 해당되고, ①은 바로 「과실범으로 처벌되는」 경우에 해당된다.

34조1항(간접정범)은 「...자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다」라고 규정하고 있다. 그런데 피교사·방조자로서의 중속형태의 여하에 따라 <공범>이 되기도 하고 또는 공범이 못되어서 <간접정범>이 되기도 한다면, <입법>에 의하여 중속형태의 여하에 따라 공범이 되든 또는 간접정범이 되든 <처벌>에 있어서는 동일하게 해주는 것도 일리(一理)가 있다고 보며, 동규정을 이러한 <취지>로 이해할 수 있다고 본다. 예를 들어서, 甲이 10살되는 乙을 시켜서 절도를 하게 한 경우에, 제한중속형태에 의하면 甲은 절도죄의 <교사범>이 되지만, 극단중속형태에 의하면 교사범은 되지 못하고 절도죄의 <간접정범>이 되겠는데, 교사범은 정범의 형과 같게 처벌되고(31조1항) 또 교사에 의한 간접정범은 교사의 예에 의하여 처벌되므로(34조1항), 결국 <처벌>에 있어서는 동일하게 된다. 또 A가 10살되는 B를 도와서 절도를 하게 된 경우에, 제한중속형태에 의하면 A는 절도죄의 <종범>이 되지만 극단중속형태에 의하면 종범은 되지 못하고 <간접정범>이 되겠는데, 종범은 정범의 형보다 반드시 감경되고(32조2항) 또 방조에 의한 간접정범은 방조의 예에 의하여 처벌되므로(34조1항), 결국 <처벌>에 있어서는 동일하게 된다. 이런 의미에서 34조1항의 규정 그 자체는 복잡하지만, <입법은 타협이다>라는 면에서 보면 <최우수작품>이라고 볼 수 있을 것 같다.

(2) 다음으로 <개정론>의 면에서 간접정범의 규정을 살펴보기로 한다.

간접정범에 있어서의 <피이용자>에 관하여 「어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자」라고 규정하는 데에는 다소 어색한 점(<어느 행위로 인하여>라는 부분)이 없지 아니하나 대체로 무난하다고 본다. <이용방법>에 관하여 「...자를 교사 또는 방조하여」라는 표현

은 공범적 빛깔이 강하므로, 그냥 「...자의 행위를 이용하여」라고 규정하면 될 것이다. 「범죄행위의 결과를 발생하게 한」이란 표현은 <기수형태>를 나타내려고 한 것 같은데, 그냥 「범죄를 실행한」이라고 표현하여 <정범>규정답게 규정하는 것이 좋겠다. <처벌>에 관하여 「...자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다」라고 규정하는 것은 정범처벌규정으로 부적합하므로, 「...자는 정범으로 처벌한다」라고 규정해야 할 것이다. 그리고 <방조의 방법으로 이용한>경우와 전술한 <입법은 타협이다>의 면을 함께 고려한다면, 「다만, 형을 감경할 수 있다」라는 단서규정을 두는 것이 바람직하다.

VII. 공범과 신분

1. 이론적 배경

(1) 범죄구성적 신분과 형벌가감적 신분

일정한 신분이 있어야만 비로소 범죄가 구성되도록 되어 있는 경우에, 이것을 <범죄구성적 신분>이라고 한다. 따라서 그러한 신분이 없는 경우에는, 아무런 범죄도 구성하지 않게 된다. 그리고 이러한 범죄구성적 신분을 요구하는 범죄를 <진정신분범>이라고 부른다. 그 예로서 단순수뢰죄(129조1항)·허위진단서작성죄(233조)·위증죄(152조1항) 등이 있다.

일정한 신분이 있음으로써 형벌이 가중 또는 감경되는 경우에, 이것을 <형벌가감적 신분>이라고 한다. 이러한 신분이 없어도 범죄를 구성하는 점에서 범죄구성적 신분과 다르다. 그리고 이러한 형벌가감적 신분이 규정된 범죄를 <부진정신분범>이라고 부른다. 그 예로서 존속살해죄(250조2항)·상습도박죄(246조2항) 등이 있다.

(2) 진정신분범과 공범

범죄구성적 신분이 있는 자와 비신분자(非身分者)가 <공동정범>의 관계에 있는 경우에, 비신분자도 진정신분범의 정범이 될 수 있다고 보는 입장과 될 수 없다고 보는 입장으로 나누어진다. 필자는 범죄구성적 신분

이 없는 자는 비록 공동정범의 <관계>에 있다고 해도 공동<정범>은 되지 아니한다고 본다. 다음으로 범죄구성적 신분자의 범죄(진정신분범)에 비신분자가 <교사·방조>로써 가공(加功)한 경우에 비신분자는 진정신분범의 공범이 된다.

(3) 부진정신분범과 공범

형벌가감적 신분자와 비신분자가 <공동정범>의 관계에 있는 경우에, 신분자는 부진정신분범의 정범이 되지만 비신분자는 통상의 범죄의 정범이 되고 또한 그 형도 통상의 형이라는 견해도 있고 비신분자도 부진정신분범의 정범이 되지만 통상의 형으로 처벌된다는 견해도 있다. 예를 들어 A와 B가 공동하여 A의 아버지 C를 살해한 경우에 있어서, <전설>에 의하면 A는 존속살해죄의 정범이 되지만 B는 보통살인죄의 정범이 되고 또한 동죄의 형으로 처벌된다고 주장하고, <후설>에 의하면 B도 존속살해죄의 정범이 되지만 보통살인죄의 형으로 처벌된다고 주장한다. 필자는 <전설>이 타당하다고 보며, <후설>에 의하면 형벌감경적 신분범의 경우에 문제가 생기는 것이 아닌가 생각한다.

2. 입법례

(1) 독일 형법

28조(특별한 일신적 요소) ① 정범자의 가별성을 근거지우는 특별한 일신적 요소(besondere persönliche Merkmale)(14조1항)가 공범자(교사자 또는 방조자)에게 결하는 때에는, 공범자의 형은 49조 1항에 의하여 감경된다.

② 특별한 일신적 요소가 형을 가중·감경 또는 조각하는 것으로, 법이 규정하고 있는 때에는, 그 요소가 있는 관여자(정범자 또는 공범자)에게만 적용된다.

(2) 일본

i) 현행형법

65조(신분범의 공범) ① 범인의 신분에 의하여 구성될 범죄행위에 가공한 때에는, 신분이 없는 자라도 공범으로 한다.

② 신분에 의하여 특히 형의 경중이 있는 때에는, 신분이 없는 자에게는 통상의 형을 과한다.

ii) 개정형법초안(1974년)

31조(공범과 신분) ① 신분에 의하여 구성하는 범죄에 가공한 때에는, 신분이 없는 자라도 공범으로 한다. 다만, 그 형을 경감할 수 있다.

② 신분에 의하여 형에 경중이 있는 때에는, 신분이 없는 자에게는 통상의 형을 과한다.

3. 해석론 및 개정론

(1) 형법 33조(공범과 신분) 본문은 「신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다」라고 규정하는데, 여기서 「전3조의 규정」이란 30조(공동정범)·31조(교사범)·32조(종범)의 규정을 말한다. 본문에서는 <신분관계로 인하여 성립될 범죄>란 진정신분범만을 말하느냐 부진정신분범도 포함하느냐와 <전3조의 규정의 적용>에 관련하여 진정신분범의 경우에 비신분자에게 공동정범의 규정이 적용되느냐가 문제가 된다.

<전자>의 문제에 관해서는, 진정신분범에 한정한다고 보는 입장과 부진정신분범도 포함한다고 보는 입장이 대립하는데, 단서가 부진정신분범에 관한 규정임에 비추어 <규정형식 상으로는> 그 본문에 부진정신분범도 포함하는 것으로 해석하는 것이 타당할 것이다. 그러나 형벌가감적 신분범은 범죄의 구성 여부에 영향을 미치지 않고 형벌의 양에 영향을 미치는데, 이 점에 대해서는 단서에서 규정하므로 <이론 상으로는> 본문에서는 부진정신분범을 포함시키지 아니하는 것이 타당하리라고 본다.

<후자>의 문제에 관하여는 구형법 65조1항에서 「공범으로 한다」라고 규정함으로써 여기서의 <공범>이 공동정범을 포함하는 광의의 공범을 뜻하느냐 그것을 제외하는 협의의 공범을 뜻하느냐에 관하여 학설이 대립하였다. 그런데 신형법에서는 「전3조의 규정을 적용한다」라고 규정함으로써 전3조에는 공동정범도 포함하므로 입법적으로 해결한 것으로 보인다.

형법 33조 단서는 「신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에는 중한 형으로 벌하지 아니한다」라고 규정하는데, 단서는 부진정신분범에 가

공한 비신분자의 과형에 관한 규정이다. 본문에서 <진정신분범한정설>을 취하는 입장에서는, 형벌가감적 신분은 오로지 그 신분이 있는 자에게만 영향을 미치는 것이므로 단서는 당연한 규정이며, 또 구법과 같이 「통상의 형을 과한다」가 아니라 「중한 형으로 벌하지 아니한다」라고 규정하였으므로 단서는 <형벌가중적 신분>이 규정된 부진정신분범에 관한 것으로 해석된다. 그리고 <형벌감경적 신분>이 규정된 부진정신분범에 가공한 비신분자에 대하여는 <단서의 취지>에 비추어 <통상의 형>을 과해야 할 것이다. 이에 반하여 본문에서 <부진정신분범포함설>을 취하는 입장에서는, 부진정신분범에 가공한 비신분자는 본문적용에 의하여 부진정신분범의 광의의 공범이 되지만, 단서적용에 의하여 <형벌가중적 부진정신분범>의 경우에 그 공범의 처벌은 진정신분범한정설과 결론을 같게 한다. 그러나 <형벌감경적 부진정신분범>의 경우에는 문제가 있다고 본다.

(2) <개정론>의 시각에서 보면 범죄구성적 진정신분범의 문제와 형벌가감적 부진정신분범의 문제를 확연히 나누는 의미에서 <본문과 단서>의 관계로 규정할 것이 아니라 <제1항과 제2항>의 관계로 규정하는 것이 좋겠다. 「전3조의 규정을 적용한다」라고 규정하는 것 보다 구법의 입법방식과 같이 「공범의 규정을 적용한다」라고 고쳐서 <공동정범>의 규정도 적용할 것이냐의 문제는 학설·판례에 맡기는 것이 좋겠다. 「중한 형으로 벌하지 아니한다」라는 규정은 형벌가중의 경우만 생각하고 형벌감경의 경우를 간과한 것 같은데, 구법과 같이 「통상의 형으로 처벌한다」라고 규정하면 될 것이다. 그리고 범죄구성적 신분범에 가공한 비신분자의 형은 감경할 수 있도록 하는 것이 좋겠다.

VIII. 맺음말

<공범규정>에 관하여는 다음과 같이 고치는 것이 좋겠다.

- (1) <장명>은 「정범과 공범」이라고 고친다.
- (2) [첫째 조] 는 표제를 (정범)으로 하고, <1항>을 「스스로 범죄를

실행한 자는 정범으로 처벌한다」로, <2항>을 「2인 이상이 공동하여 범죄를 실행한 때에는, 각자를 정범으로 처벌한다」로 고친다.

(3) <공모공동정범>에 관한 규정은 두지 아니하며, <현행 34조2항(특수한 교사·방조에 대한 형의 가중)>은 폐지한다.

(4) <교사범>에 관하여는 원칙적으로 현행조항을 살린다. 즉 [둘째 조항]은 표제를 (교사범)으로 하고, <1항>은 「타인을 교사하여 범죄를 실행하게 한 자는, 범죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다」라고 하고, <2항>은 「교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다」, <3항>은 「교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 때에도, 교사자에 대하여는 전항과 같다」라고 하여 그대로 둔다.

(5) <종범>에 관한 [셋째 조]는 표제를 <방조범>으로 바꾸고, 「타인의 범죄의 실행을 방조한 자는, 범죄를 실행한 자의 형보다 감경하여 처벌한다」라고 규정한다.

(6) <책임개별화의 원칙>에 관한 규정은 두지 아니한다.

(7) <간접정범>에 관한 [넷째 조]는 「어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자의 행위를 이용하여 범죄를 실행한 자는 정범으로 처벌한다. 다만, 형을 감경할 수 있다」라고 고친다.

(8) <공범과 신분>에 관한 [다섯째 조]는 「① 신분에 의하여 구성되는 범죄에 신분없는 자가 가담한 때에는 공범의 규정을 적용한다. 다만, 신분없는 자의 형은 감경할 수 있다. ② 신분에 의하여 형의 경중이 있는 경우에 신분없는 자는 통상의 형으로 처벌한다」라고 고친다.

참고문헌

Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, zweite unveränderte Auflage, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923.

Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 7. Aufl., C. H. Beck,

1954.

Kai Hamdorf, Beteiligungsmodelle im Strafrecht - Ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstätersystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2002.

Egmont Foregger/Ernst Eugen Fabrizy, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 7. Aufl., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1999.

高橋則夫, 共犯體系と共犯理論, 成文堂, 1988.

김종원, “공모공동정범과 형법제34조제2항(상)”, 법정 1964년 11월호, 1964.

김종원, “공모공동정범과 형법제34조제2항(하)”, 법정 1964년 12월호, 1964.

김종원, “범죄공동설과 행위공동설에 관하여”, 고시연구 1974년 6월호, 1974.

김종원, “공모공동정범의 공동정범성”, 백남억박사환갑기념논문집, 1975.

김종원, “교사범(상)”, 고시계 1975년1월호, 1975.

김종원, “교사범(중)”, 고시계 1975년4월호, 1975.

김종원, “교사범(하)”, 고시계 1975년6월호, 1975.

김종원, “공범과 신분”, 법정 1976년1월호, 1976.

김종원, “중범(상)”, 고시계, 1977년6월호, 1977.

김종원, “중범(하)”, 고시계, 1977년8월호, 1977.

김종원, “공범의 종속성에 관하여 - 새로운「공범구조론」의 구상”, 사회과학논집(연세대학교 사회과학연구소), 제8집, 정영석교수회갑기념특집호, 1977.

김종원, “공범의 구조”, 형사법강좌 II, 형법총론(하), 한국형사법학회 편, 1984.

김종원, “형법제정 50주년과 한국형법학의 과제”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003.

Eine Betrachtung über die Strafrechtsreform der
Teilnahmebestimmungen

Jhong-Won Kim*

Die Teilnahmebestimmungen sind wie folgt zu ändern.

○○ Titel. Täterschaft und Teilnahme

§ A (Täterschaft) ① Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst begeht.

② Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft.

§ B (Anstiftung) ① Wer einen anderen zu der Straftat anstiftet, wird gleich dem Täter bestraft.

② Hat jemand einen anderen zur Straftat angestiftet und hat der letztere ihm zugestimmt, aber den Anfang der Ausführung nicht erreicht, so werden der Anstifter und der Angestiftete entsprechend Verabredung und Vorbereitung bestraft.

③ Der vorangehende Absatz ist auf den Anstifter auch dann anzuwenden, wenn der Angestiftete in die Begehung der Straftat nicht einwilligt.

§ C (Beihilfe) Wer einem anderen zu der Straftat Hilfe leistet, wird milder als Täter bestraft.

§ D (mittelbare Täterschaft) Wer eine Straftat dadurch begeht, dass er einen anderen ausnützt, der für seine Handlung nicht strafbar oder

* The National Academy of Sciences, Republic of Korea, Member

als fahrlässiger Täter strafbar ist, wird als Täter bestraft. Jedoch kann die Strafe milder werden.

§ E (Teilnahme und besondere persönliche Merkmale) ① Wer sich an der Straftat beteiligt, zu deren Tatbestand besondere persönliche Merkmale gehören, ist die Teilnahmebestimmungen anzuwenden, obwohl er diese Merkmale nicht besitzt. Jedoch kann er milder bestrafen werden.

② Ist die Schwere der Strafe von besonderen persönlichen Merkmale abhängig, so trifft die gewöhnliche Strafe denjenigen, der diese Merkmale nicht besitzt.

주제어 : 공동정범, 공범의 종속형태, 소위 교사의 미수, 간접정범, 공범과 신분

Keywords : Tterschaft, Anstiftung, Beihilfe, mittelbare Tterschaft